

# A responsabilidade civil do provedor de acesso à Internet

**Autor: Felipe Teixeira Neto**

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul;  
Professor de Direito Civil na Universidade Regional Integrada do  
Alto Uruguai e das Missões  
Publicado na Edição 17 - 25.04.2007

**Sumário:** Introdução. 1. O paradigma clássico da responsabilidade civil pela prestação de serviços; 1.1. A relação jurídica entre as partes e os deveres assumidos; 1.2. O inadimplemento contratual e a responsabilidade por fato de terceiro; 1.3. O dano e a sua reparação. 2. Aplicando velhos paradigmas a novos problemas: a responsabilidade do provedor; 2.1. A relação provedor v. usuários e os deveres contratuais dela decorrentes; 2.2. As formas de violação do contrato e a responsabilidade decorrente da cadeia contratual; 2.3. As variações do dano sofrido e as formas de reparação. Conclusões. Referências Bibliográficas.

## Introdução

A nova tecnologia e a dinamicidade da sociedade de produção propõem, sempre, à ciência do direito, a necessidade de repensar seus conceitos, institutos e soluções. Um exemplo atual dessa necessidade – de tanto os estudiosos quanto os aplicadores do direito reverem conceitos e refletirem acerca das novas soluções – é a problemática decorrente da aplicação dos contratos típicos consagrados pelo Código Civil às relações oriundas da informática, em especial a relação usuário v. provedor de acesso à Internet.

O Brasil já conta com mais de 14,1 milhões de internautas residenciais,<sup>(1)</sup> o que nos leva a concluir pela existência de, pelo menos, o mesmo número de contratos de fornecimento de acesso à rede, número esse, talvez, muito maior do que o encontrado em outros contratos que têm merecido tanta atenção da doutrina, como o leasing, o factoring ou até mesmo os contratos bancários, v.g. Tão assombroso número, em expansão a cada dia,<sup>(2)</sup> leva-nos à inevitável conclusão de que estamos diante de uma gama de usuários potencialmente expostos a danos diários em decorrência de atitudes desleais ou abusivas de tais fornecedores de acesso, os quais, por serem empresas comerciais com o fito de lucro, passam, muitas vezes, por cima dos legítimos interesses de seus parceiros contratuais, esquecendo-se dos deveres jurídicos decorrentes dessa relação.

Em decorrência de tais práticas, sejam elas omissivas, sejam comissivas, pode-se verificar um vasto número de casos de lesões a direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais destes usuários e até de terceiros estranhos à cadeia contratual, os quais, não raro, passam impunes, furtando-se, os fornecedores, a assumir qualquer responsabilidade

decorrente da prestação do serviço. Em razão desses problemas é que foi idealizado o presente estudo, o qual se propõe a fazer, de forma não exaustiva, dada a amplitude do tema, o levantamento das hipóteses de responsabilidade dos fornecedores, verificando-se os danos existentes, as suas razões e o fundamento jurídico a justificar dita responsabilização.

Para tanto, utilizando-se o método dedutivo, o estudo inicia pelo paradigma clássico da responsabilidade civil decorrente da prestação de serviços para, no segundo momento, contextualizando as digressões teóricas realizadas sobre o contrato tipo, comprovar que o contrato de acesso à rede representa espécie do gênero prestação de serviço, estando submetido às mesmas regras aplicáveis à fatiespecie unitária da prestação de serviços,<sup>(3)</sup> conquanto as peculiaridades que o meio eletrônico impõe.

É preciso, no entanto, ainda que ao modo introdutório, fixar idéias acerca dos pressupostos genéricos da responsabilidade civil, os quais serão de grande ajuda na compreensão das elucubrações que serão feitas.

Toda vez que alguém lesar injustamente o patrimônio de outrem, por ação ou omissão, estará obrigado a reparar o dano, por imposição expressa da cláusula geral contida no artigo 186 do Código Civil vigente, que, sem alterações significativas, a par da substituição da conjunção “ou” por “e” entre as expressões violar direito e causar dano a outrem, reproduz a regra do artigo 159 do Código Bevilacqua (VENOSA, 2006, p. 2). A responsabilidade civil pode decorrer, também, como consequência da violação de um negócio jurídico, dita, pois responsabilidade civil negocial, em oposição à anteriormente referida, de cunho delitual ou aquiliana. Segundo a concepção tradicional, este será o critério diferenciador da “natureza” da responsabilidade: havendo prévio vínculo contratual obrigacional entre as partes, a responsabilidade será contratual; não havendo, será extracontratual, aquiliana ou delitual.<sup>(4)</sup>

Desta feita, tendo-se em vista que a responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma omissão (VENOSA, 2006, p. 4), os pressupostos de ambas passam a ser praticamente os mesmos, sistematizáveis, resumidamente, da seguinte forma: (a) o fato humano, representado por agir voluntário positivo ou negativo, capaz de causar dano a outrem; esta conduta deverá, em regra, ser ilícita, sendo relevante para a verificação da responsabilidade o dano que causa e não propriamente a sua natureza, pois admite-se, ainda que excepcionalmente, a responsabilidade derivada de atos, em tese, lícitos; (b) o dano, representado pela lesão ao patrimônio da vítima, este compreendido nas suas esferas patrimonial e extrapatrimonial; (c) a culpa, nos casos em que a responsabilidade for subjetiva, em qualquer das suas manifestações (imperícia, imprudência ou negligência), ou o risco, quando for objetiva; e (d) o nexo de causalidade, representado pela relação de

causa e efeito entre a conduta e o dano, ou seja, não basta que exista o dano, este necessita decorrer da conduta do agente.

Assim, verificados tais pressupostos, haverá, em consequência, a responsabilização do agente causador do dano e, conseqüentemente, o dever de indenizar, salvo se caracterizadas algumas das chamadas "excludentes" da responsabilidade.

Com base nesses pressupostos, pode-se passar ao objeto específico do estudo e, assim, seguindo a linha proposta, inicia-se o primeiro capítulo com a análise da relação jurídica de prestação de serviços, aferindo-se, posteriormente, o objeto do contrato, as partes que o compõem e os deveres decorrentes a cada uma delas. Para tanto, foi dado especial relevo ao conceito de obrigação como processo, polarizado pelo adimplemento contratual e a satisfação do credor, bem como aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, grande fonte de responsabilidade civil, em especial do contrato de fornecimento de acesso, examinando, outrossim, as formas de inadimplemento contratual e a responsabilidade decorrente do ato de terceiro (por serem as maiores fontes de responsabilidade de prestador de serviços), bem como o dano, suas variantes e as formas de reparação.

No segundo capítulo, buscar-se-á contextualizar as premissas teóricas verificadas na primeira etapa do estudo, por meio da constatação da sua aplicabilidade ao contrato de prestação de serviço de acesso à Internet. Dessa forma, verificar-se-á a suficiência, ou não, do regramento do gênero contratual na solução dos problemas verificados na nova espécie.

Para tanto, analisar-se-á a relação provedor v. usuário, bem como o objeto do contrato, a natureza da relação e os deveres dela decorrentes, da mesma forma como se procedeu relativamente ao exame, em abstrato, da prestação de serviços como fatiespecie unitária. Após isso, desenvolver-se-á as hipóteses de violação contratual, seja por ato próprio, seja por ato de terceiro vinculado contratualmente, sem, contudo, ter-se a pretensão de esgotar o assunto, o que seria impossível dada a pluralidade de contratos existentes, com diversidade inimaginável de cláusulas. Por fim, conclui-se o estudo verificando o dano, sua variação, forma de composição e ônus probatório.

Como já foi referido, em face da atualidade do tema e da incipiência das discussões, o presente estudo representa um início das digressões teóricas possíveis a respeito, visando, a partir do regramento geral do contrato tipo, encontrar respostas adequadas para a solução dos problemas enfrentados pela espécie do gênero, qual seja, o contrato de prestação de serviço de acesso à Internet.

Ainda, cumpre destacar que como o objetivo principal é a relação provedor v. usuário e a responsabilidade dela decorrente, a primeira parte do estudo, relacionada à prestação de serviços em geral, não tem caráter

exaustivo (sob pena de desvirtuamento do objeto do estudo), servindo apenas como um identificador das soluções já existentes, a fim de que se possa estudar o contrato específico. Por essa razão, alguns temas de vital importância para a teoria geral das obrigações e dos contratos como, v.g., o conceito de inadimplemento e a principiologia contratual, serão abordados de modo breve, indicando-se, todavia, a bibliografia que permite o aprofundamento do estudo.

## 1. O paradigma clássico da responsabilidade civil pela prestação de serviços

### 1.1 A relação jurídica entre as partes e os deveres assumidos

O contrato de prestação de serviços é aquele por meio do qual uma das partes se compromete a prestar uma determinada atividade, mediante remuneração. É, portanto, contrato essencialmente oneroso, sinalagmático – pois estabelecidas obrigações proporcionais para ambas as partes<sup>(5)</sup> –, consensual na sua formação (não estando sujeito à forma específica) e comutativo, já que as vantagens obtidas pelas partes contratantes consistem em coisa certa e determinada (SERPA LOPES, 1964, p. 38). Não pode deixar de ser feita, ainda, quando da caracterização do vínculo contratual em comento, uma ressalva colocada pela doutrina (TIMM, 1998, p. 48) ao abordar o tema: a prestação de serviço tem caráter eminentemente residual, havendo grande afinidade entre esta e as espécies afins, como a empreitada, o mandato e o contrato de emprego. No tocante à espécie objeto deste estudo, todavia, não haverá problemas quanto às demais formas referidas, pois nele não se encontram presentes os elementos essenciais de tais formas contratuais, fazendo com que o referido seja, indubitavelmente, incluído como exemplo de prestação de serviços.

Seguindo na análise da vinculação jurídica entre as partes, oportuno se faz tecer alguns comentários no tocante aos sujeitos envolvidos, tema este que terá grande relevância para a solução de algumas controvérsias. Podem ser sujeitos do contrato de prestação de serviços, como em qualquer outro contrato, aqueles que tiverem capacidade negocial, nos termos do artigo 5º do Código Civil vigente.

Entretanto, sabe-se que, com a edição da Lei nº 8.078/90, a qual promulgou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em razão dos princípios adotados e da hipossuficiência tutelada, várias formas contratuais tiveram a sua estrutura significativamente alterada, não pela mutação casuística dos institutos, mas pela alteração de conceitos vinculados à teoria geral dos contratos. Tal fenômeno pode ser efetivamente vislumbrado no contrato de prestação de serviços, o qual, ao lado da compra e venda, representa quase que a totalidade das relações abrangidas pelo CDC. Isso fará com que se verifique significativa diferença de tratamento das questões emergentes quando os respectivos contratos

estejam atingidos pelas disposições da lei consumerista ou do direito comum.

Partindo-se do conceito legal contido no artigo 2º da Lei 8.078/90, temos que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Dita definição proporcionou, inicialmente, um certo dissenso na doutrina, pois poderia parecer que consumidor seria todo aquele que retira o produto ou serviço da cadeia de produção, independente de vir a repassá-lo posteriormente.

Todavia, aferindo-se a *ratio legis*, a doutrina amadureceu seu entendimento acerca da amplitude do conceito de consumidor. A esse respeito, são preciosas as lições de CLÁUDIA LIMA MARQUES (1999, p. 147), a qual ressalta que o objetivo do legislador ao introduzir no ordenamento positivo brasileiro todas as proteções e garantias asseguradas ao consumidor era justamente sanar o desequilíbrio existente entre fornecedor – aquele que detém o poder econômico, a informação técnica acerca do produto objeto do contrato e o poder de estabelecer as cláusulas contratuais – e consumidor – aquele que adere praticamente sem chances de alterações do estatuído contratualmente e que muitas vezes o faz sem ter o conhecimento técnico necessário sobre o objeto do contrato.

Dessa forma, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento, contextualizada a importância do conceito que se quer traçar com o objetivo precípua do CDC, que foi sanear o desequilíbrio contratual entre as partes, pode-se concluir que a melhor doutrina aponta a vulnerabilidade, quer técnica, quer fática, quer jurídica, do consumidor, prevista expressamente no artigo 4º, inciso I, da Lei 8.078/90 como o quesito que apontará os casos de aplicação da legislação consumerista. Ressalte-se, por fim, que tal verificação das hipóteses de incidência do CDC deve ser feita caso a caso, analisando-se na situação concreta a existência de uma das facetas da vulnerabilidade, para, só assim, reconhecer-se a sua aplicação (LIMA LOPES apud TIMM, 1998, p. 63), pouco importando se o consumidor é ou não profissional.

No tocante ao conceito de fornecedor (artigo 3º, caput, do CDC), qual seja a outra parte da relação contratual de consumo, cabe, desde logo, sublinhar que, nos casos de prestação de serviço, em razão do caráter de profissionalidade da atividade contratada, em regra, o prestador enquadrar-se-á no conceito legal, sendo a verificação do atendimento do conceito de consumidor o marco da incidência, ou não, do regramento especial. Não sendo hipótese de incidência do CDC, a relação será pautada pelas regras do Código Civil, já que se trata da mesma prestação de serviços que, diante da inexistência de peculiaridade em relação aos sujeitos – isto é, de sua não-qualificação jurídica como “consumidor” e “fornecedor” –, recebe somente a regulação do direito comum.

Tecidas as considerações acerca das características gerais da relação contratual e analisados os itens relativos aos sujeitos do contrato, passando-se pelos pressupostos da relação de consumo, merece análise a questão relativa ao seu objeto. Como já dito, o contrato de prestação de serviço é aquela espécie obrigacional em que o objeto da prestação é uma atuação humana positiva, não caracterizadora da obrigação de dar ou não fazer, cujo devedor está adstrito a prestar um serviço; é também chamada pela doutrina (ALMEIDA COSTA apud TIMM, 1998, p. 59) de “obrigação de prestação de fato positivo”.

Assim, o dever principal de prestar serviço normalmente encontra-se consubstanciado em uma obrigação de fazer, a qual tem como objeto a prestação da própria atividade, relacionando-se, de modo geral, a trabalho ou serviço determinado (COUTO E SILVA, 1976, p. 159), sendo livre, desde que relativo a atividade lícita ou não proibida por lei, respeitando-se os requisitos técnicos, quando exigidos. Nesse diapasão, a gama de objetos do contrato terá imensa variedade, derivando da criatividade e da evolução da sociedade de serviços, conforme autoriza o princípio da autonomia privada.

Os deveres principais de prestação são, de modo geral, estipulados direta e expressamente pelas partes, sendo conhecidos por ambas. Assim, estas estarão, ao menos em linha de princípio, cientes da sua existência, pois tais deveres consubstanciam a razão de ser da vinculação negocial, reforçados, ainda, pelos deveres secundários, voltados para a garantia da prestação principal.

Ao lado de tais deveres de prestação, encontramos os chamados deveres laterais, instrumentais ou anexos, oriundos não da autonomia privada, mas da incidência da boa-fé objetiva.(6) Para compreendê-los, precisamos partir da concepção de obrigação como uma totalidade, formada não só pelo dever principal, mas por uma gama de outros deveres que a compõem,(7) esses referidos ao exato processamento da relação, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos (MARTINS-COSTA, 1998, p. 44). Assim sendo, poder-se-ia dizer que, também no contrato de prestação de serviço, o objeto do pacto não será formado pela simples obrigação de prestar, mas também pelos referidos deveres instrumentais que, caso desatendidos, implicam o desrespeito à obrigação de garantia, assegurando-se a responsabilidade pelo adimplemento satisfatório.(8)

Essa perspectiva é asseverada ainda mais nos casos relativos às relações pautadas pelo direito consumerista, já que, nessas hipóteses, além da satisfação do credor, a prestação estará sujeita ao dever geral de qualidade exigido pelo artigo 4º, inciso V, do CDC.

Ainda, como já se disse alhures, tais deveres anexos(9) não são oriundos da atuação da autonomia privada, nascendo por imposição legal da obediência ao princípio da boa-fé objetiva (artigos 422 do Código Civil e

6º, inciso III, do CDC), valendo para ambas as partes, pois voltados à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação. E, como se demonstrará no segundo capítulo deste trabalho, tais deveres assumirão grande relevância no contrato de prestação de serviço de acesso à Internet, gerando ao provedor uma série de hipóteses de responsabilização civil, bem como profunda relevância no trato do adimplemento contratual

## 1.2. O inadimplemento contratual e a responsabilidade por fato de terceiro

Cuidando-se de espécie de responsabilidade contratual, em regra, aquela decorrente da prestação de serviços, pois oriunda de um negócio jurídico bilateral celebrado previamente entre as partes, é do seu inadimplemento que surgirá a responsabilidade civil. Em face da grande relevância do tema, dispensou-se um item específico para a sua abordagem.

Segundo uma concepção hoje ultrapassada, o adimplemento do contrato de prestação de serviço consistia no simples ato de prestar, na realização do serviço acordado; o inadimplemento dos deveres anexos não era valorizado. Entretanto, nas hipóteses de incidência do CDC e, agora, com a positivação do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil, passou-se a entender que, na prestação de serviços, o adimplemento satisfatório não consiste somente no simples fazer humano, mas no cumprimento integral de todos os deveres, sejam principais, sejam secundários, sejam laterais, respeitando-se as justas expectativas depositadas e a satisfação do credor.(10)

Assim não o sendo, causando-se dano ao credor em função do não-cumprimento do pactuado ou da violação de deveres anexos, nasce a obrigação de indenizar. Nas hipóteses de aplicação do CDC, o adimplemento está adstrito, ainda, ao já mencionado dever geral de qualidade da prestação.

O inadimplemento pode ser dividido em absoluto e relativo (mora). Aquele se refere aos casos em que resta evidente a definitividade do não-cumprimento, ou seja, a prestação não foi cumprida e não mais poderá sê-la, segundo indica a fórmula clássica. Essa definitividade do não-cumprimento pode também resultar da inutilidade da prestação do serviço ao credor, quando não prestada nas condições de modo, tempo e local acordados, podendo o credor pleitear a sua conversão em perdas e danos e mesmo, conforme o caso, a resolução do contrato. A mora, ou inadimplemento relativo, consiste nas hipóteses em que a obrigação não é adimplida no modo, tempo ou local devidos, mas podendo, entretanto, ainda ser prestada com proveito ao credor (GONÇALVES, 1995, 24). São as hipóteses de mora.(11)

Estes são os casos de responsabilidade civil em decorrência do inadimplemento, regulados pelo Código Civil vigente, em seus artigos 394

e seguintes. A problemática mostra-se maior, entretanto, seja pela dificuldade de verificação dos danos, seja pela dificuldade de imputação de responsabilidade, nas hipóteses de inadimplemento defeituoso ou responsabilidade por fato de terceiro, grandes fontes do dever de indenizar, as quais passamos a abordar.

O adimplemento defeituoso é aquele em que o serviço foi prestado, mas de forma inadequada, ou seja, em desacordo com os usos e costumes ou com as condições pactuadas. Aqui, enquadrar-se-ão os casos de inadimplemento dos deveres laterais, muito embora AGUIAR JÚNIOR (1991, p. 159) refira que tal espécie de incumprimento também pode estar relacionada ao dever principal, o que é freqüentemente encontrado na jurisprudência. Examinar-se-á, primeiramente, o inadimplemento dos deveres de agir segundo a boa-fé (instrumentais).

Tais hipóteses, em razão da sua relevância para o contrato e pelo fato dos deveres anexos não estarem expressamente clausulados, costumam gerar uma certa irresignação por parte do devedor responsabilizado civilmente pelo seu inadimplemento. Cabe acentuar, porém, que a sua violação importa em responsabilidade,<sup>(12)</sup> sendo lícito concluir que todo aquele, vinculado contratualmente ou não, que viola um dos deveres laterais decorrentes da boa-fé, causando dano, está obrigado a reparar.

Tal tema assume destaque no tocante à responsabilidade civil, principalmente do provedor de acesso à Internet, como se verá no segundo capítulo deste estudo.

Merece referência, ainda, os aspectos tocantes ao inadimplemento contratual referente às hipóteses abrangidas pelo direito do consumidor. O CDC separa a matéria relativa ao inadimplemento em dois pontos: primeiramente, nos artigos 12 e seguintes, os casos de responsabilidade por fato do produto e do serviço e, logo após, nos artigos 18 e seguintes, as hipóteses de responsabilidade por vício.

Na primeira hipótese, a lei é clara em estabelecer que o fornecedor responderá, independentemente de culpa (art. 14, caput), pela reparação dos danos causados ao consumidor do serviço, seja em decorrência de vício deste, seja em decorrência da insuficiência das informações acerca dos riscos, sendo tal responsabilidade eximida apenas nos casos de culpa exclusiva do consumidor ou de inexistência do defeito alegado (insubsistência do nexo de causalidade), tudo nos termos dos incisos do parágrafo terceiro do já aludido artigo 14. No tocante à responsabilidade do profissional liberal prestador de serviço, todavia, será necessária a apuração da culpa (§ 4º), o que, aliás, vem sendo amplamente aplicado pela jurisprudência pátria.<sup>(13)</sup>

A segunda hipótese trata dos casos de responsabilidade por vício do serviço, ocasião em que o consumidor, ao contrário do direito comum, terá



a faculdade de optar pela sua re-execução, sem qualquer ônus adicional, pela restituição imediata da quantia paga ou pelo abatimento proporcional do preço. Dita disposição legal encontra-se fundada no dever geral de qualidade a que se encontram submetidas todas as relações de consumo, visando-se atender as justas expectativas do consumidor depositadas quando da celebração do contrato.

No tocante à teoria da qualidade, oportuno transcrever importante excerto da obra de Cláudia Lima Marques (1999, p. 579) a fim de elucidar-se a questão, aproveitando o ensejo de tão esclarecedoras lições para fazer o encerramento da matéria tocante às espécies de responsabilidade no CDC:

A doutrina brasileira mais moderna está denominando Teoria da Qualidade, o fundamento único que o sistema do CDC instituiria para responsabilidade (contratual e extracontratual) dos fornecedores. Isto significa que ao fornecedor, no mercado de consumo, a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta. Descumprindo este dever surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso). A teoria da qualidade se bifurca, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Neste sentido, haveria vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) do CDC.

Consoante se depreende do escólio colacionado, a autora faz um desfecho da questão atinente à responsabilidade no CDC, embasando tal teoria da qualidade no princípio da confiança, norteador de todas as relações civis (GRINOVER et al, 2001, p. 255), o qual, ainda segundo MARTINS-COSTA (1993, p.155), pretende “tutelar o comportamento correto, a confiança depositada pelas partes na seriedade do negócio proposto sob a tutela da boa-fé, vale dizer, o respeito pela palavra dada”.

Por fim, relativamente à responsabilidade contratual por fato de outrem, esta ocorrerá ou nos casos em que o devedor tenha encarregado terceiro de realizar o ato de que decorreu o dano, pelo qual tinha se obrigado contratualmente, ou nas hipóteses em que terceiro, vinculado ou não ao devedor, intervém na relação obrigacional, causando dano ao credor da prestação. Na primeira hipótese, o devedor responde pelos atos daquele que efetivou a prestação em seu nome, isto é, aquela que ele, devedor, obrigou-se junto ao credor (AGUIAR DIAS, 1954, p. 209); o fundamento seria a existência de relação de representação entre prestador e devedor, devendo este responder pelos atos daquele perante o credor, ressalvada a hipótese de ação regressiva, (14) nos termos do artigo 934 do Código Civil.

A segunda hipótese mostra-se um pouco mais complexa, pois não se exigirá a existência de relação contratual entre o devedor e o terceiro, bastando, para a responsabilização daquele, que o inadimplemento tenha decorrido da sua culpa, principalmente no tocante à desatenção do dever de segurança da relação jurídica. José de Aguiar Dias (1954, p. 210) refere que isto ocorrerá, principalmente, quando o contratante poderia ou deveria prever a ocorrência do evento danoso ou, ainda, quando não empregou todas as suas diligências para impedi-la. A culpa do devedor necessitará ser provada pelo credor, salvo nas hipóteses em que o juiz entender pela inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, hipótese esta restrita ao âmbito das relações de consumo. Em ambos os casos de responsabilidade por fato de outrem, haverá exclusão quando da comprovação de caso fortuito ou força maior, que deverá ser provada pelo devedor.

Merecem referência, ainda, os casos em que haverá a responsabilidade do fornecedor por fato de terceiro, nas relações em que incidam o CDC. Nos termos dos artigos 12 e 13 do referido diploma, pode-se verificar que se criou uma responsabilidade solidária entre todos os parceiros da cadeia contratual. Assim, haverá responsabilização, independente de culpa, do fornecedor, toda a vez em que terceiro a ele ligado contratualmente interfira na relação e cause dano ao consumidor. Ressalve-se que dito fornecedor, vinculado direto ao consumidor lesado e responsabilizado civilmente, terá ação de regresso contra o verdadeiro causador do dano, seu parceiro contratual; a referida sistemática visa tão-só aumentar as possibilidades de ressarcimento por parte do consumidor, não permitindo que este seja vítima de ação de terceiro contratualmente vinculado ao prestador de serviço, sem que se possa ver efetivamente reparado em face da dificuldade de acionar aquele e obrigá-lo a reparar o dano causado.

Vistas as fontes do dano gerador de responsabilidade, passa-se à verificação deste e das suas formas de reparação, frisando que, quando no segundo capítulo, ao tratar-se do tema específico do trabalho, serão retomados alguns conceitos, especificando-os ainda mais, se pertinente à compreensão da responsabilidade do provedor de Internet.

### 1.3. O dano e a sua reparação

Dentre os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o dano é o que suscita menor controvérsia, uma vez que é inconcebível a idéia de se buscar ressarcimento sem que tenha havido, primeiramente, um prejuízo (não pode haver responsabilidade sem um dano efetivo).<sup>(15)</sup> Tal concepção vem consagrada nos artigos 402 e 403 do Código Civil. Assim, teremos que um agir, positivo ou negativo (omissão), pode causar prejuízo a outrem, prejuízos estes que poderão ser em diferentes esferas, v.g., dano patrimonial ou extrapatrimonial, material ou imaterial, podendo ser de natureza contratual ou extracontratual.<sup>(16)</sup>

Neste sentido, pode-se conceituar o dano, em sentido amplo, como sendo a lesão de qualquer bem jurídico, aí incluso o dano extrapatrimonial ou também dito moral; o dano patrimonial será a lesão ao patrimônio, entendido este como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro (STOCO, 1999, p. 653). O dano extrapatrimonial, por sua vez, consistirá na lesão a bem não avaliável patrimonialmente, os chamados "interesses existenciais",<sup>(17)</sup> como a honra, a intimidade, a boa-fama, a imagem etc.

No tocante ao dano patrimonial, pode-se dizer que será avaliado e assim considerado como tal, levando-se em conta a diminuição do patrimônio sofrida pela vítima, compreendida esta como qualquer lesão às suas relações jurídicas ou aos bens nelas envolvidos.

Frise-se que o campo de abrangência do conceito de dano foi profundamente alargado pelo ordenamento jurídico pátrio, com a promulgação da Constituição da República de 1998, a qual, em seu artigo 5º, inciso V, ampliou as possibilidades de reparação civil do prejuízo suportado pela vítima, deixando expressa a indenizabilidade do dano extrapatrimonial que, de forma tímida, já vinha sendo apontada pela jurisprudência, em certos casos. Nos termos de tal dispositivo, passou-se a proteger, sob pena de responsabilização civil, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa (MARTINS-COSTA, 2002, p. 654).

Merece referência, ainda, o fato de que o dano considerado como elemento essencial da responsabilidade civil deve ser certo e efetivo, não se tolerando a possibilidade de obrigar outrem a reparação de prejuízo suposto ou indeterminado. Isto é de vital monta quando se fala em lucros cessantes (uma das facetas da indenização), pois estes, em regra, são de maior dificuldade na comprovação ou mensuração, o que não impede, entretanto, que a jurisprudência<sup>(18)</sup> exija prova cabal de que o suposto lesado deixou de ganhar para que o eventual causador venha a ser constrangido a repará-lo.

A reparação é a consequência da responsabilização civil, sendo o termo "reparar" mais amplo do que "indenizar". A reparação pode ser específica ou pelo equivalente pecuniário, representando uma tentativa de restituir a parte lesada ao seu status quo ante, isto é, fazer como se a conduta lesiva não tivesse ocorrido, ou, pelo menos, não tivesse lesionado o patrimônio jurídico do ofendido. Em não sendo possível tal retorno ao estado anterior, a reparação se fará por meio de indenização pecuniária (perdas e danos e lucros cessantes),<sup>(19)</sup> conforme a hipótese verificada no caso concreto.

Assim, quando o prejuízo decorre do descumprimento do contrato, deve-se tentar de todas as formas adimplir o débito in natura, especialmente após a publicação do CDC e da nova redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil, utilizando-se a via da indenização pelo equivalente

pecuniário somente quando a prestação torne-se impossível de ser cumprida ou não mais seja proveitosa ao credor.

Neste sentido, a lição de Antunes Varela (1991, p. 876):

"A indenização, no seu sentido rigoroso, compreende apenas as medidas ou providências destinadas a reparar o prejuízo sofrido por outrem, com exclusão do que seja a mera realização específica (coactiva) do direito. A entrega judicial ao credor da coisa que lhe é devida ou a restituição coercitiva da coisa ao dono que dela foi desapossado não constituem rigorosamente uma indenização. Mas há indenização, se à entrega da coisa acrescer uma soma destinada a compensar o prejuízo resultante da falta de disponibilidade dela durante o período em que o credor ou dono esteve ilicitamente privado da sua posse." (grifos do autor)

Desta feita, consoante o magistério do mestre português, o termo indenização só será corretamente empregado quando não se puder cumprir a prestação assim como acordada, isto nos casos de responsabilidade contratual ou quando, mesmo cumprida, a prestação será acrescida de montante em pecúnia, em virtude do seu atraso ou da ruptura de um dos deveres de agir segundo a boa-fé objetiva.

Outra questão que se propõe e que se põe é a seguinte: o dano deve decorrer de ato culposos? A resposta mais adequada é: nem sempre. E isso porque, como já se observou, a responsabilidade poderá ser objetiva, não importando, neste caso, a existência de culpa. Porém, na responsabilidade subjetiva, de regra, o dano deverá decorrer de ato culposos.

Habituada a séculos de responsabilidade subjetiva – quando a culpa era o fundamento exclusivo da responsabilidade – a doutrina assentou como uma das distinções entre a responsabilidade contratual e extracontratual o fato desta ensejar a prova, pelo autor da demanda, da culpa do causador do dano e do efetivo prejuízo causado; na responsabilidade contratual, diferentemente, tais elementos podem ser presumidos como uma decorrência natural do inadimplemento do contrato, sendo a presunção afastada nos casos de dolo ou culpa exclusiva do credor.(20) Essa distinção ainda se mostra importante no tocante à responsabilidade decorrente da prestação de serviço, pois, como já dissemos, esta será, em regra, contratual, podendo, contudo, apresentar hipóteses em que a responsabilidade será extracontratual, principalmente quando decorra de ato de terceiro.(21)

Seja subjetiva, seja objetiva a responsabilidade, elemento imprescindível é a existência de nexo causal. Este, nos termos da clara lição de José de Aguiar Dias (1995, p. 105), será "a relação de causalidade, a causal connexion, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano", e não "mera coincidência entre o dano e o procedimento do imputado responsável". Assim sendo, não havendo

relação entre a conduta do agente e o dano, não há dever de indenizar por ausência de relação de causalidade, consoante vem proclamando, de forma uníssona, a jurisprudência.(22)

Quanto à natureza do dano, poder-se-á verificar no contrato de prestação de serviço que, embora, em regra, seja de natureza patrimonial, haverá casos em que se configurará o dano extrapatrimonial, mais conhecido como dano moral. Em tais hipóteses, comprovando-se que houve lesão a dois bens jurídicos diversos, um compreendido pelo patrimônio material da vítima e, outro, por valores atinentes à sua condição de ser humano, como, v.g., honra, imagem e privacidade, mesmo que oriundos do mesmo fato, poder-se-á, inclusive, cumular as indenizações.(23)

Essas noções pontuam o quadro no qual se deverá desenvolver o exame, agora específico, da responsabilidade civil do provedor de serviço de acesso à Internet.

## 2. Aplicando velhos paradigmas a novos problemas: a responsabilidade do provedor

### 2.1 A relação provedor v. usuários e os deveres contratuais dela decorrentes

O contrato de prestação de serviço à Internet é o vínculo negocial por intermédio do qual um fornecedor de serviços desta natureza, comumente designado provedor, em caráter individualizado ou contínuo, por prazo determinado ou não, a título oneroso ou gratuito, obriga-se a disponibilizar ao usuário acesso à rede de computadores.(24) Esta seria a obrigação caracterizadora do vínculo, à qual pode ser agregada, ainda, como obrigação principal, dependendo das variantes contratuais, serviços de correspondência eletrônica (correio eletrônico e caixa postal), disponibilização de espaço para o alojamento de home-pages, salas de bate-papo exclusivo (chat), acesso a bancos de dados específicos do provedor em área exclusiva sob sua responsabilidade, acesso a grupos de discussão, jogos, entre outros (RÜCKER, 2001, p. 02). Assim, diante desta caracterização do objeto do contrato extraída das cláusulas contratuais de alguns dos termos utilizados pelos provedores de acesso, podemos concluir, levando em conta os elementos caracterizadores traçados no primeiro capítulo deste estudo,(25) que dito pacto é tipicamente uma espécie de prestação de serviços. Neste mesmo sentido já se manifestou CLÁUDIA LIMA MARQUES (2000, p. 36), quando, ao exemplificar as várias formas de prestação de serviço, faz referência ao contrato de "acesso à Internet".

Seguindo esta linha de raciocínio, a qual busca o enquadramento do contrato de acesso à rede dentro da fatispecie unitária (TIMM, 1998, p. 73) da prestação de serviço, o primeiro problema com que se depara no estudo da responsabilidade civil aplicada a tal contrato, ainda no tocante à

sua caracterização enquanto espécie do gênero, seria o relacionado aos supostos contratos gratuitos de acesso, uma vez que é elemento essencial do tipo contratual em liça a retribuição econômica da atividade prestada.(26) Assim, num primeiro momento, poder-se-ia dizer que o contrato de acesso gratuito não seria enquadrável no conceito unitário de prestação de serviço, não estando, ainda abrangido pelas normas do CDC, pois este também exige a contraprestação da atividade para a configuração de fornecimento de serviço, consoante seu artigo 3º, parágrafo 2º.

Esta primeira impressão, todavia, desaparece, bastando que se realize uma análise um pouco mais apurada, quando será possível verificar que, não obstante o usuário não pague o provedor em pecúnia, existe uma retribuição indireta do serviço prestado, por intermédio do consumo de outros produtos ou serviços oferecidos pelo provedor ou ainda, e de forma mais relevante, pela publicidade veiculada junto aos assinantes/usuários.

Assim, partindo-se da concepção de que o contrato gratuito é aquele que onera somente uma parte, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer retribuição – pois um dos contratantes está obtendo proveito em detrimento do sacrifício patrimonial do outro (SERPA LOPES, 1964, p. 37), como acontece na doação, típico exemplo de contrato unilateral –, verifica-se que isto não ocorre no contrato “gratuito” de acesso à rede. Isso porque, muito embora o usuário não efetue pagamento direto como forma de retribuição pelo serviço, utiliza e adquire, mediante pagamento, serviços e produtos postos à disposição pelo provedor, sem esquecer, ainda, o mais importante meio de retribuição, representado pela peça de publicidade veiculada. Nestes termos, o chamado “acesso gratuito” não traz qualquer diminuição ao patrimônio do prestador do serviço, sendo este remunerado pelos demais serviços prestados e, principalmente, pela publicidade veiculada junto aos usuários. (27)

Sobre o tema, merecem referência as lições de Bernardo Rücker (2001, p. 11):

“Realmente, o usuário dos serviços do provedor gratuito não o remunera de forma direta, pagando pelo acesso. Todavia, essa característica não retira a onerosidade do contrato, posto que o usuário consome do provedor outros serviços diversos, como programas fornecidos, aquisição de arquivos e produtos e, principalmente, a publicidade ali disponibilizada de uma forma até agressiva e indiscreta, publicidade esta que é o carro forte destes provedores; é o que mantém e de onde se retira seu faturamento, dando margem, conforme o caso, a projeções de valores para o serviço com base justamente no número de usuários que estão ligados ao servidor e que o acessam diretamente.”

Ante as digressões feitas, sendo considerada para a caracterização da fatispecie unitária a remuneração, resta comprovado o enquadramento da

espécie “gratuita” de prestação de serviço de acesso, sendo, portanto, abrangida pelas mesmas disposições relativas aos contratos diretamente remunerados.

No tocante à caracterização em si do serviço de acesso à Internet, não existe, ainda, um consenso doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, o qual apresenta significativa relevância, pois, dependendo da linha adotada, poderá ser delimitado o âmbito da responsabilidade assumida, principalmente no tocante às informações veiculadas. Por essa razão, é pertinente fazer menção às duas correntes existentes para posterior análise de qual delas mais se adapta ao ordenamento jurídico vigente no Brasil.

A jurisprudência norte-americana, seguindo uma linha de incentivo à expansão da Internet (verificada não só no presente tema, mas também relativamente ao documento e ao comércio eletrônicos), já se manifestou<sup>(28)</sup> no sentido de que o serviço prestado pelo provedor não é nada mais do que o mesmo desempenhado por um distribuidor, sendo-lhes impossível controlar cada mensagem armazenada nos seus servidores. Com base nisto, os fornecedores de acesso à Internet não poderiam ser equiparados, por regra, aos editores, livreiros ou outras pessoas que procedam na publicação de informação, para efeitos de responsabilização pelos conteúdos colocados em rede por outras pessoas, mas transmitidos pela Internet por intermédio dos seus meios técnicos (CASIMIRO, 2000, p. 83/86). O fundamento para tal decisão foi a luta pela defesa da liberdade de expressão, consagrada pela primeira emenda à Constituição Americana, o que faz com que o provedor de acesso passe a ser visto como um mero “operador de telecomunicações”, transmitindo mensagens por meio da rede sem conhecer o seu conteúdo e, por isso, sem assumir responsabilidade (PAESANI, 2000, 79); grosso modo, seria o mesmo caso da concessionária do serviço público de telefone que não é responsável pelo trote passado com a utilização das linhas.

Por sua vez, a jurisprudência europeia, seguindo uma linha de conciliação entre proteção e expansão, tem-se manifestado em sentido contrário, responsabilizando os fornecedores de acesso em situações semelhantes, por considerar que desenvolvem o papel tradicional do editor (serviço de publicação), sendo, por essa razão, responsáveis pelo conteúdo veiculado, sob certas circunstâncias; tal verificação pode ser feita, em especial, nas recentes decisões dos Tribunais ingleses, alemães e franceses.<sup>(29)</sup> Merece referência, ainda, o fato de essas Cortes traçarem a diferenciação entre os casos em que o conteúdo submetido ao controle do fornecedor de acesso encontre-se em correspondência privada (mail) ou em locais destinados à divulgação pública; naqueles, não haveria possibilidade de exigir o controle por parte do prestador de serviço, sob pena de violação da intimidade do usuário, ao passo em que nestes, seria seu dever zelar pela informação publicamente transmitida, utilizando-se dos seus meios técnicos para coibir abusos ou ilegalidades (CASIMIRO, 2000, p. 93).

No Brasil, a doutrina (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 01) vem-se filiando à corrente européia, utilizando, para tanto, como substrato legal, a Lei Federal nº 9.472/97, que disciplina a organização dos serviços de telecomunicações. Nestes termos, em face das disposições do referido diploma legal, teríamos que o serviço de fornecimento de acesso à Internet não pode ser considerado como simples comunicação, pois é acrescentada a esta atividade que lhe dá suporte – e com a qual o mesmo não se confunde – novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações; dito serviço será classificado, nos termos da mencionada lei, como “serviços de valor adicionado” (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 01).

Esta não é, contudo, pelo menos em seus primeiros julgamentos, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que, relativamente à tributação do serviço em questão, manifestou-se no sentido de que “o serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado conforme o define o artigo 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho e 1997”.<sup>(30)</sup> Entretanto, considerando-se a jurisprudência daquela Corte em matéria de responsabilidade civil, somos levados a crer que, mesmo não adotando a posição da doutrina no tocante ao conceito do serviço e ao seu enquadramento na Lei Federal nº 9.472/97, sendo instado a manifestar-se acerca de hipóteses envolvendo a responsabilidade do provedor, o Superior Tribunal de Justiça, provavelmente, filiar-se-ia à corrente européia, dosando o incentivo à expansão com a proteção dos usuários.

Analisando caso semelhante e bem sistematizando a questão da responsabilidade do provedor por matéria veiculada, não obstante tenha adotado postura um tanto quanto conservadora, cumpre destacar acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado: <sup>(31)</sup>

“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROVEDOR DE ACESSO E DE CONTEÚDO. INTERNET. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. É responsável o provedor de conteúdo da INTERNET (PSI) pela divulgação de matéria que viole direito ou cause dano a outrem, seja por calúnia, difamação ou injúria, cabendo ao mesmo residir no pólo passivo da demanda onde a parte que se diz ofendida postula indenização por danos morais. Tal responsabilidade, contudo, não se reconhece ao provedor de conteúdo na hipótese em que este serve unicamente de meio de divulgação de revista, sendo esta perfeitamente identificável e responsável na forma da lei, por quaisquer manifestações de pensamento, ou mesmo de informações, que venham a causar violação de direito. [...] Agravo parcialmente provido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70003035078. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em 22 nov. 2001. Disponível em . Acesso em 07 nov. 2006).



A questão posta em análise dizia respeito a demanda indenizatória ajuizada por conhecido comentarista esportivo que se havia sentido lesado em razão de matéria veiculada em revista semanal, de circulação nacional, veiculada de forma tradicional e eletrônica, inclusive por meio do provedor demandado, bem como de chats decorrentes de tal publicação. Ou seja, o provedor, além de veicular a revista com a matéria supostamente ofensiva, pela via eletrônica, ainda promoveu debates em chat seu, cujo conteúdo também foi considerado ofensivo pelo autor da ação indenizatória. Como se percebe, o Tribunal entendeu, primeiramente, que o referido provedor era responsável pelo conteúdo veiculado nas suas salas de bate-papo, que teriam, em tese, atingido a honra e a imagem do demandante. Todavia, de forma equivocada,<sup>(32)</sup> entendeu que não haveria responsabilidade pela veiculação da revista com conteúdo ofensivo, mesmo que a tenha veiculado pela via eletrônica, aferindo os bônus de tal proceder, porquanto seria perfeitamente possível a identificação do autor da matéria que lhe causou dano, contra quem deveria ser direcionada parte do pedido indenizatório.

Assim sendo, configurada a natureza de atividade prestada pelo fornecedor de acesso à Internet, esta deve ser verificada, agora, em face do usuário, analisando a presença dos elementos configuradores da relação de consumo e, a partir disso, os deveres dela decorrente.

No tocante à aplicação do CDC, a doutrina (NETTO, 1998, p. 551) acerca do tema costuma tratar a relação provedor/usuário como típica relação de consumo, esquecendo-se que, em alguns casos, os serviços prestados são utilizados em atividades de cunho comercial, agregando-se ao objeto da empresa usuária os benefícios auferidos com a conexão à rede. Nestes termos, em face do enquadramento do fornecedor de acesso na definição contida no artigo 3º, caput, da Lei nº 8.078/90, o critério balizador da configuração ou não da relação de consumo será o enquadramento ou não do usuário na definição de consumidor, contida no artigo 2º, caput, da lei de regência. Tal análise deverá ser feita caso a caso, tendo-se como critério seguro para tal, conforme já amplamente debatido no item um do primeiro capítulo, a existência ou não da vulnerabilidade do consumidor, quer fática, quer técnica, quer jurídica. Frise-se que não há qualquer óbice, para a teoria finalista (MARQUES, 2000b, 128), que se reconheça um profissional como consumidor, desde que este faça jus à proteção despendida, sendo a parte vulnerável da relação contratual.

A questão toda residirá no fato de que quase na totalidade dos casos, mesmo quando se pensa nos usuários profissionais, estar-se-á tratando de uma relação de consumo, pois estará presente, pelo menos, a vulnerabilidade técnica, já que, em regra, o credor da prestação não tem a mínima noção de como são veiculadas as informações ou, sequer, de como funciona a ligação e o acesso à rede de computadores. Dessa forma, teremos, a menos que a empresa contratante do serviço possua um setor de informática capaz de lhe instruir no momento da celebração do contrato

acerca da realidade técnica da rede Internet, verificada a vulnerabilidade técnica, estando, assim, o usuário, em posição de desvantagem perante o fornecedor, fazendo jus, portanto, à proteção do CDC, na medida e proporção do desequilíbrio constatado no contrato.(33)

No tocante aos direitos e deveres decorrentes da relação jurídica entre as partes, eles podem ser classificados em principais, secundários e instrumentais, sendo as duas primeiras espécies decorrentes da autonomia privada e, os últimos, da incidência do princípio da boa-fé objetiva. Os deveres principais, ou seja, os motivadores da contratação, são aqueles elencados nas cláusulas relativas ao objeto do contrato, sendo indispensável o de fornecimento do serviço de acesso à rede por parte do provedor, acrescido, ainda, de outros como, v.g., o fornecimento de endereço eletrônico e de salas de “bate-papo” (chat).

Ao lado de tais deveres, por força da incidência imperativa do princípio retro referido, que permeia de todo o sistema de direito privado, estarão os deveres instrumentais, já mencionados no primeiro capítulo deste estudo. Frise-se que, em contratos como o da espécie, ditos deveres serão de grande relevância, em virtude de confiança depositada pelo usuário de que o fornecedor de acesso zelarà pela sua segurança, na confiança de que foram prestadas a correta informação, a garantia do sigilo etc. Ao estudar as hipóteses de inadimplemento, no próximo item do estudo, inclusive de tais deveres, ter-se-á possibilidade de exemplificá-los melhor, porquanto ao contrário de uma grande parte de espécies contratuais, no contrato de acesso à rede, a maior parte dos casos de responsabilidade resultará do inadimplemento dos deveres laterais, em detrimento dos principais ou secundários. Por enquanto, fiquemos com a idéia já traçada anteriormente, podendo-se afirmar que estão presentes na relação provedor v. usuário todos aqueles deveres sistematizados por Judith Martins-Costa (1999, p. 473) e vigentes para ambas as partes, em toda e qualquer relação de direito obrigacional, sujeita ou não à aplicação do CDC, isto se considerando a incidência imperativa do princípio da boa-fé objetiva.

## 2.2 As formas de violação do contrato e a responsabilidade decorrente da cadeia contratual

Como já se disse quando do estudo do paradigma clássico da responsabilidade civil pela prestação de serviços, o dever de indenizar, em regra, decorrerá do inadimplemento contratual (responsabilidade negocial), em todas as suas facetas, independente do dever violado. Assim, seguindo a regra geral, tal concepção também se aplicará ao contrato de fornecimento de acesso à Internet. Os exemplos de responsabilização aquiliana poderão ser encontrados nas hipóteses aduzidas no item anterior deste capítulo, relativamente às informações veiculadas em rede, principalmente no tocante à veiculação de imagens e a informações depreciativas ou não autorizadas, de pessoas não

envolvidas na cadeia contratual, bem como os casos de veiculação de conteúdo proibido legalmente (v.g. pedofilia, incitação ou apologia ao crime, substâncias entorpecentes, violência, preconceito etc.), e serão melhor tratados no capítulo seguinte.

No tocante aos deveres principais, como se cuida de “contrato cativo de longa duração” (MARQUES, 1999, p. 98), formado por prestações de execução continuada para ambas as partes, dificilmente encontraremos casos de inadimplemento total ou parcial, resumindo-se, as causas de responsabilidade civil, ao adimplemento imperfeito. Assim, podemos destacar como o exemplo mais freqüente de adimplemento imperfeito aquele relativo às interrupções no acesso à rede ou dificuldade de conexão. Tal tipo de violação contratual pode ter várias causas, sendo, em algumas delas, decorrentes de falha no sistema de telefonia usado na conexão, ou em outros, de falta de estrutura do provedor para atender a um número elevado de usuários para a sua capacidade técnica. Como a origem do inadimplemento poderá ser de difícil verificação, sendo, muitas vezes, impossível se precisar se é por falha do provedor ou do serviço de telefonia utilizado na execução do contrato, mesmo havendo execução contratual defeituosa, possivelmente não haverá responsabilização civil, pois não existirão outros elementos essenciais para tal, como o dano efetivo e mensurável, por exemplo, que será analisado no próximo item.

O problema assume uma conotação mais gravosa quando ditos vícios de fornecimento são muito constantes e quase que inviabilizam a utilização ao fim a que se destina, dando direito ao usuário a rescindir o contrato, buscando, inclusive, havendo privação efetiva e dano comprovável, reparação pela execução imperfeita do serviço acordado. Será mais comum, até em virtude do entendimento jurisprudencial referido supra, entretanto, o simples pedido de rescisão do vínculo.

As hipóteses de descumprimento contratual, todavia, não se restringem somente ao fornecedor de acesso, sendo possível verificar casos em que se discute a suspensão do serviço pelo provedor, na maioria dos casos em virtude de inadimplemento do pagamento mensal que cabe ao usuário. Caso semelhante foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual determinado consumidor ajuizou ação contra o seu provedor, objetivando a concessão de tutela jurisdicional que determinasse a impossibilidade do prestador de serviço de suspender o fornecimento de acesso, enquanto se discutia a lide. Dito precedente está assim ementado:

“AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTINUAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À INTERNET. A denúncia imotivada, pela empresa provedora, do contrato de prestação de serviços de conexão à rede mundial de computadores não satisfaz os requisitos da tutela antecipada de continuação do serviço. Não se pode atribuir o caráter de perpetuidade aos contratos, em especial o celebrado há mais de dois anos. Outros provedores à disposição do usuário. Possibilidade de futuro

ressarcimento em caso de perdas e danos. Agravo de instrumento desprovido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70002686053. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 28 jun. 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07 nov. 2006)

Pela fundamentação contida no voto condutor do julgamento pode-se perceber que a Corte entendeu que o provedor não poderia ficar adstrito a prestar o serviço enquanto se discutia a lide. Isso porque, além de entender que não poderia haver vinculação contratual perpétua, não havia prova nos autos acerca da regularidade dos pagamentos por parte do consumidor, bem como estaria ressaltado o direito deste de postular, na via própria, o ressarcimento por perdas e danos supostamente decorrentes da interrupção do serviço, caso restassem comprovados.

A problemática de tal decisão que, em última análise, resta por autorizar o provedor a suspender o acesso considerando a longa duração do contrato e a possibilidade de o consumidor procurar outro fornecedor, está em verificar a sua harmonia com o disposto no artigo 39, inciso IX, do CDC, o qual estabelece que “É vedado ao fornecedor de produtos e serviços: [...] recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”. Conforme disciplina tal dispositivo, a longa duração do contrato ou a possibilidade de adquirir o serviço de terceiros não são suficientes para autorizar a denúncia do vínculo obrigacional, devendo haver prova contundente, e não indícios, de que o consumidor não estaria efetuando o pagamento da taxa mensal que lhe incumbe por expressa determinação contratual; nesta hipótese - e apenas nela - estaria o fornecedor desobrigado a manter o vínculo ou a celebrar novo contrato, não só por aplicação do brocardo *exceptio non adimpleti contractus*, mas como também do permissivo contido no supracitado artigo (“... a quem se disponha a adquirir mediante pronto pagamento...”)- grifou-se.

A problemática apresentará uma dificuldade um pouco maior no que diz respeito à limitação contratual de responsabilidade. Isso porque, em quase todos os contratos analisados, verifica-se cláusula de limitação da responsabilidade no tocante às falhas de fornecimento do serviço. Tal disposição que, em primeiro momento poderia parecer uma complicadora da solução já apontada, é facilmente transposta, já que, estando o contrato submetido às regras do CDC, dita cláusula será considerada nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso I, da Lei Federal nº 8.078/90, pois limita e/ou atenua a responsabilidade do fornecedor pelos vícios do serviço prestado.

Não estando submetida à relação ao Estatuto Consumerista, deve-se interpretar dita cláusula com maior flexibilidade, uma vez que imposta unilateralmente pelo fornecedor de acesso, em contratos pré-

impressos.(34) Uma parte da doutrina (NETTO, 1998, p. 558) aponta, ainda, que, tratando-se de cadeia de fornecedores, formada pela empresa concessionária do serviço de telefonia e o provedor de acesso, dispondo o artigo 22 do CDC que os serviços públicos deverão ser eficazmente prestados, o usuário poderia, a sua escolha, acionar qualquer um dos parceiros contratuais, em face da solidariedade existente entre eles.

Dita posição não é uniforme, pois havendo comprovação de que a falha decorre da prestação do serviço de telefonia, considerando-se que o vínculo de prestação de serviço é mantido diretamente entre o consumidor e a companhia telefônica, a caracterização de responsabilidade solidária seria um tanto quanto dificultosa, encontrando óbice na inexistência de cadeia contratual entre as prestadoras de serviço (vinculação direta entre os fornecedores de acesso à Internet e a prestadora de serviço de telecomunicação, sem participação ou ligação do consumidor com uma delas). Este entendimento de inexistência de solidariedade entre as prestadoras dos diferentes serviços já vem sendo consagrado pela jurisprudência, principalmente nos casos em que o usuário busca responsabilizar a fornecedora do serviço de telefonia nos casos em que a sua responsabilidade resta flagrantemente inexistente.(35)

Outro exemplo de fornecimento defeituoso do serviço é aquele verificado quando a conexão e o fornecimento de acesso são demasiadamente lentos, fazendo com que se torne difícil para o usuário beneficiar-se eficazmente do serviço contratado. Frise-se, entretanto, que aqui, muito embora esteja a prestação do serviço submetida a um dever geral de qualidade, decorrente, nas relações de consumo, da expressa disposição do CDC e, nas demais, da incidência do princípio da boa-fé objetiva, tudo dependerá da relação existente entre as partes e da contraprestação a que está adstrito o usuário. Isso porque não seria lícito exigir-se que em contrato no qual inexistente prestação pecuniária direta – ditos contratos “gratuitos” – obrigue-se que o fornecedor empregue os meios mais modernos e dispendiosos no fornecimento do serviço, salvo naqueles casos em que o provedor despertou justas expectativas no usuário, normalmente por meio de peças publicitárias, levando-o a acreditar que a conexão seria rápida e eficiente, empregados meios mais modernos. Em todas as hipóteses, entretanto, estando inviabilizado o uso para o fim a que se destina o serviço, tem o usuário o direito de pleitear a resolução do contrato por inadimplemento, fazendo jus, inclusive, à devida reparação dos eventuais e verificáveis danos.

No tocante ao inadimplemento dos deveres laterais, a gama de hipóteses de responsabilidade é muito maior, já que, em regra, muito embora a vital importância de tais deveres para o desenrolar do processo obrigacional, eles acabam não sendo fielmente observados, causando-se danos efetivos e de relevância ao usuário. Para tanto, é essencial que se tenha em mente todos os pressupostos acerca de tais deveres, desenvolvidos no primeiro capítulo, supra, bem como a sistematização lá referida a respeito.

No tocante aos deveres de segurança, proteção e tutela, um excelente exemplo ao debate é o caso de violação dos e-mails recebidos pelo usuário. Ao fornecer um endereço eletrônico ao contratante do serviço, permitindo que este envie e receba mensagens, o provedor, automaticamente, assume o dever de zelar pelo sigilo do seu contratante, isto é, tomar todas as precauções cabíveis para assegurar a inviolabilidade e a segurança da correspondência, em acompanhamento à evolução tecnológica de garantia de reserva da intimidade do usuário do sistema (LISBOA, 2000, p. 486). Em assim não agindo, não se desincumbindo do seu ônus de zelar pela segurança do alter e da relação obrigacional, estará obrigado a reparar o dano ocorrido em razão da sua omissão.

Frise-se, todavia, que, comprovando-se que a violação do sigilo se deu mesmo tendo o provedor utilizado toda a tecnologia disponível para tanto, não se cuidando de relação de consumo, na qual a responsabilidade independerá de culpa (objetiva), o fornecedor de acesso poder-se-á eximir do dever de reparar eventual dano. Tal hipótese é um tanto quanto improvável não só pelo fato de a grande maioria das relações provedor v. usuário estar submetida ao CDC, como pelo fato de que, na grande parte dos casos, realmente, verifica-se culpa in vigilando por parte do provedor ou, ainda, este não consegue provar que a invasão da privacidade não se deu em razão da sua omissão. Assim, o fornecedor responderá pelo dano decorrente da violação e, conhecendo o real autor da invasão, estará resguardado no seu direito de regresso contra o real autor da invasão de privacidade. (36)

Outro ponto também relativo à ruptura dos deveres de sigilo, abrangido, da mesma forma, pelos deveres de lealdade permeadores da relação obrigacional, são os conhecidos repasses, mediante retribuição pecuniária, dos cadastros dos usuários do provedor para fins de publicidade. Os fornecedores de acesso, valendo-se do grande número de usuários cadastrados, consumidores em potencial para uma série de outros produtos em virtude não só da sua situação econômica, mas também do seu perfil mercadológico, disponibilizam estes dados a empresas parceiras comerciais, fazendo com que estes seus clientes sejam bombardeados por agressiva publicidade, não só em suas caixas de correio eletrônico, como também em suas residências e locais de trabalho, já que, quando da celebração do contrato como provedor, o contratante costuma fornecer todos os seus dados pessoais.

Dessa espécie de violação surgirão duas possibilidades de danos: a primeira, em decorrência da impossibilidade de o usuário receber importante mensagem em sua caixa de correio devido à superlotação desta com mensagens publicitárias; a segunda, da exposição dos usuários a práticas comerciais abusivas e agressivas, violando-se a sua privacidade.

No primeiro caso, estaremos diante de possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, caso fique comprovado que o usuário, efetivamente, deixou de receber uma mensagem importante em sua caixa de correio em virtude do seu “abarroamento” com mensagens publicitárias enviadas pelo próprio provedor ou por um dos seus parceiros comerciais. Sua comprovação é um tanto quanto difícil, pois, além de provar-se que, efetivamente, a mensagem deixou de ser recebida, é necessário que se comprove que os dados foram repassados a terceiro pelo provedor.<sup>(37)</sup> No tocante à segunda hipótese mencionada, embora o dano seja de natureza extrapatrimonial (violação da privacidade e intimidade), será mais fácil a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, o que não torna, todavia, impossível a sua verificação.

Merece referência que, embora os contratos padronizados de acesso à rede estipulem, de modo expresso, que o contratante autoriza o fornecimento dos seus dados a terceiros, com fins comerciais, esta cláusula pode ser considerada nula, nos termos do artigo 51, XV, do CDC, pois expõe o consumidor a práticas comerciais abusivas e agressivas, violando o seu direito à privacidade constitucionalmente assegurado. Assim, sendo fornecidos os seus dados e efetivada a violação exagerada da sua privacidade, a ponto de causar-lhe dano, o provedor estará obrigado a coibir o envio das mensagens e indenizar o usuário. Nos contratos não abrangidos pela incidência do CDC, em que as partes tiveram efetiva oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, provavelmente não conste essa expressa autorização, o que daria direito ao usuário, em sendo fornecidos aos seus dados, a possibilidade de buscar reparação. Assim, havendo a autorização e sendo fornecidos os dados, o usuário deve entrar em contato com o provedor de acesso e requerer a suspensão da publicidade, pedido que, se não atendido, também representará afronta à boa-fé objetiva, geradora do dever de reparar eventuais danos.

Outra cláusula contratual que também viola os deveres anexos, agora os de lealdade e cooperação, diz respeito à limitação geral de responsabilidade do fornecedor de acesso e à possibilidade de alteração unilateral dos termos do contrato celebrado. A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 51, incisos I e XIII, respectivamente, veda tais disposições contratuais, declarando-as nulas de pleno direito. Mesmo que assim não o fossem, seriam contrárias aos deveres anexos, sendo, da mesma sorte, passíveis de desconsideração.

Não obstante todas as considerações traçadas, embora seja grande a gama de responsabilidades do provedor, esta também não pode ser ilimitada e desproporcionada. Assim, nos casos de dano ou vício do produto ou serviço adquiridos em outros sites, apenas utilizando-se a conexão contratada com o provedor, sem qualquer participação deste, a simples utilização do serviço não implicará a sua responsabilidade, uma

vez que o fornecedor de produto ou serviço adquirido não poderá ser considerado parceiro contratual do provedor, não havendo a responsabilização subsidiária da cadeia contratual. Entretanto, se a compra for feita em site cuja mensagem publicitária seja repassada pelo provedor ao seu contratante ou conste na sua página principal, ambos, fornecedor do produto e do acesso, poderão ser considerados responsáveis solidários, havendo obrigação de indenizar do provedor, ressalvado o seu direito de regresso.

Diante do que foi exposto, não há como se encerrar o tópico relativo a inadimplemento sem dizer que o rol de possibilidades de inadimplemento elencado não é exaustivo, representando apenas digressão acerca do tema, na tentativa de elucubrar as possibilidades passíveis de ocorrência. Certamente, com o aumento dos casos trazidos ao exame dos Tribunais, provavelmente encontrem-se outras formas de violação contratual e, conseqüentemente, de responsabilização, o que é típico da dinamicidade das relações de direito privado.

### 2.3 As variações do dano sofrido e as formas de reparação

Com efeito, conforme já tratado (2.3 supra), o dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, pois “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 95). Exatamente por isso é que, em última análise, neste item residirá significativa controvérsia, porquanto a negação da sua existência representa a forma mais absoluta de elidir-se o dever de indenizar.

A partir da conceituação de dano é que se trabalhará com o conceito de indenização, que encerra a idéia de “ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado” (RODRIGUES, 2002, p. 185), dando amplitude e dimensão ao instituto da responsabilidade civil.

Assim, para fins de encerramento das digressões acerca da responsabilidade do provedor, cumpre tratar do dano decorrente de fato a ele imputável, abordando não só a natureza desta responsabilidade, mas as variantes da lesão que residirá no cerne do dever de indenizar.

Diante da pluralidade das relações jurídicas que envolve o contrato em liça, o fundamento da responsabilidade poderá ser o contrato celebrado entre usuário e prestador do serviço, tratando-se de responsabilidade de natureza negocial, como poderá advir de relação mantida de forma eventual entre o provedor e terceiro não integrante da relação jurídica de prestação de serviço, quando se verificará a ocorrência de responsabilidade de cunho delitual.



Quanto à primeira hipótese – responsabilidade negocial –, prosseguindo o raciocínio já iniciado no item anterior (3.2 supra), é lícito concluir, a partir da própria natureza do contrato, que, em regra, o dano causado terá de ser reparado em pecúnia, pois estará consubstanciado, principalmente, nas hipóteses de inadimplementos dos deveres laterais ou no inadimplemento defeituoso da obrigação principal. Também como já mencionado, é pouco provável que o dano decorra da simples não-prestação do serviço, em virtude da inviabilidade desta, por si só, acarretar dano mensurável.

A respeito, quando se fala da indenizabilidade do referido dano, o artigo 402 do Código Civil é expresso em consignar que as perdas e danos abrangem não só aquilo que o credor perdeu, mas também o que deixou de ganhar, subentendendo-se que, em caso de má prestação do serviço ou da sua não-prestação, terá o provedor o dever de indenizá-lo pelo prejuízo suportado e pelos ganhos perdidos.(38)

O dano poderá ser também – e comumente será – de ordem extrapatrimonial, isto toda vez que for atingido bem jurídico integrante dos direitos de personalidade da vítima, como honra, intimidade e sigilo. Em face de tais bens – aqueles relacionados à esfera extrapatrimonial da vítima – serem freqüentemente violados por condutas omissivas e/ou comissivas dos provedores, seja dos seus próprios parceiros contratuais, seja de terceiros não participantes da relação negocial, as ações de responsabilização por dano moral, principalmente aquelas em que nem há vinculação contratual entre provedor e consumidor, são as hipóteses mais freqüentes encontradas na jurisprudência, em que se busca a responsabilização civil dos prestadores do serviço em debate.

Os Tribunais, contudo, têm diferenciado a forma de responsabilização do provedor de acordo com a natureza do serviço prestado: o provedor de conteúdo teria uma responsabilidade maior quando veicula informações ou imagens que violem os direitos à intimidade, honra e imagem de terceiro, ao passo em que os provedores de acesso teriam uma responsabilidade mais limitada, na maioria das vezes limitada aos casos de adimplemento contratual imperfeito da prestação do serviço em si ou, principalmente, violação dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, notadamente deveres de tutela, sigilo e informação.

Na primeira hipótese (responsabilidade aquiliana), é oportuno que se destaque que a responsabilidade poderá decorrer não só de uma conduta direta e ativa do provedor, mas, inclusive, da sua omissão em zelar pelo não-uso dos seus meios tecnológicos para fins de violação de direitos de terceiros.

A propósito, cumpre destacar julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi reconhecida de forma bastante segura a responsabilização de provedor de conteúdo pela violação de direitos

atinentes à personalidade de terceiro não relacionado nas suas relações contratuais. Em dito acórdão restou assentado que “quem põe na Internet – provedor – um portal à disposição do público, podendo ser acessado indiscriminadamente por qualquer pessoa, corre o risco de ser, ao menos em princípio e em tese, responsabilizado pelo mau uso do serviço de comunicação, inclusive por eventuais danos morais que venham a ser praticados contra terceiras pessoas” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70002884203. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Osvaldo Stefanello. Julgado em 26 set. 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 13 nov. 2006).

Para a caracterização do dever de indenizar, ao seu turno, o dano extrapatrimonial alegado deve ser certo e efetivo, tendo causado efetivo abalo ao patrimônio do lesado, aquele compreendido em seu conceito lato, englobando as suas relações jurídicas e os bens imateriais que dele fazem parte, inclusive os atinentes à sua personalidade, e não só as suas relações de natureza patrimonial.

Dessa forma, no tocante ao dano extrapatrimonial, em virtude de ser este de maior dificuldade probatória e insuscetibilidade de quantificação em dinheiro, a jurisprudência tem adotado critérios um pouco mais elásticos, sem, contudo, banalizar o regramento, aceitando presunções a seu respeito.(39)

Verifica-se, todavia, um maior recrudescimento atual no tratamento do dano moral, sob pena de banalização das relações privadas havidas entre as partes, o que tem gerado o surgimento de firme entendimento jurisprudencial distinguindo abalo moral, suscetível de ser indenizado, de meros transtornos, inaptos à geração do dever de indenizar.

Em caso bastante interessante ao exame, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manifestando entendimento bastante conservador acerca da amplitude do conceito de dano moral, que “a interrupção de acesso à Internet pelo provedor, com base em débito inexistente, diz com transtorno inerente ao cotidiano, não sendo passível de indenização por dano moral” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70006814537. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Alberto Schneider Pestana. Julgado em 04 mar. 2004. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07 nov. 2006). Ou seja, mesmo tendo havido a interrupção do serviço por equívoco imputável exclusivamente ao provedor, tendo o usuário permanecido sem a disponibilidade da conexão por culpa exclusiva do contratado, não obstante tenha pago em dia a prestação pecuniária devida (contraprestação), entendeu-se que, naquele caso, o inadimplemento do contrato não bastava a configurar dano moral indenizável, demonstrando que a tendência dos Tribunais é adotar postura mais restritiva à indenizabilidade desses dissabores advindos da relação contratual.

A posição adotada no acórdão, não obstante contraste com diversos outros julgados acerca da responsabilização pela interrupção de serviço em decorrência de falta do prestador, encontra respaldo na doutrina, sendo oportuno destacar que há posição bastante tranqüila no sentido de que “mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agredem a dignidade humana” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 105). E isso ocorre, justamente, porque o fundamento da indenizabilidade do dano moral reside na dignidade da pessoa humana, na necessidade que o direito tem de “proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atendendo a um convívio futuro” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 424), na qual não haveria espaço para a tutela de meros dissabores, típicos das relações privadas e da vida em sociedade.

Aqui, ainda, é importante mencionar a questão relativa ao ônus da prova, o qual poderá representar um certo óbice à pretensão do lesado, pois, como o dano é gerado, muitas vezes, por atividades ligadas à informática, a prova será um tanto quanto dificultada quando estes meios não forem inteiramente dignos de credibilidade. Surgirá relevância, então, nos requisitos exigidos para a validade do documento eletrônico – indelebilidade e identificabilidade –, permitindo-se, assim, que a mensagem ou ato eletronicamente praticado seja facilmente reavaliado, não estando suscetível a fáceis alterações, bem como se possa identificar o seu emissor.

Com base nas regras gerais de ônus da prova vigentes no direito processual civil, tem-se que ao lesado será dado fazer prova do fato constitutivo do seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Contudo, em hipóteses como a presente, em que quem disporá dos meios de prova será a contraparte, cabe à parte lesada requerer ao juiz que determine ao provedor que exiba os arquivos existentes acerca do fato causador da lesão.

Isso, em hipótese alguma, representará inversão do ônus probatório, pois quem deverá pedir a exibição será a parte que detém o ônus; tal exibição será ao encargo do provedor apenas porque este, mesmo não tendo a incumbência de provar o fato constitutivo do direito da outra parte, detém o meio de prova, devendo, portanto, exibi-lo.

Ainda no tocante ao ônus probatório, merece referência que, nas relações submetidas ao CDC, a parte lesada poderá requerer, o que será avaliado pelo juiz, a inversão da obrigação de provar, fazendo com que o provedor de acesso tenha que se desincumbir de dita obrigação. O pedido será deferido quando o juiz verificar a hipossuficiência da parte requerente, a qual não será difícil de ocorrer em face da vulnerabilidade técnica que, de regra, existe na relação provedor v. usuário.

Quanto à comprovação da culpa do fornecedor de acesso, principalmente in vigilando, permitindo que terceiros interfiram na relação, causando dano ao usuário, esta será de vital relevância para o surgimento do dever de indenizar. Aqui residirá uma das maiores excludentes de responsabilidade utilizadas pelos provedores para furtarem-se da obrigação de reparar danos sofridos, alegando que não tiveram qualquer participação no dano causado, o que deverá ser objeto de prova por ele, porquanto a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete ao demandado (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil).

Deverá existir, ainda, a relação de causalidade entre a atuação do provedor e o dano causado, sem a qual não se configurará a responsabilidade civil. E o fato de falar-se em responsabilidade objetiva em grande parte dos casos não isente a demonstração da relação de causa e efeito entre o agir imputado e o dano sofrido, o que será de vital importância ao efetivo dever de indenizar.

Consoante bem lembra Annelise Steigleder (2003, p. 84) quando trata do dano ambiental, também marcado pela responsabilização objetiva, "o nexo de causalidade é o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar. É um vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou da coisa". Exatamente por isso, será bastante oportuno lembrar que a ausência de dito vínculo externo entre dano e fato excluirá o dever de reparar eventual abalo sofrido pela vítima, seja ela parceira contratual ou não do provedor.

Pelo que se pode perceber, diante, ainda, a incipiência de casos envolvendo a responsabilização dos provedores de acesso à rede, já que se trata de contrato relativamente novo em comparação a outros que, mais das vezes, remontam ao direito romano, a praxe forense, a aplicação dos paradigmas existentes e, principalmente, o bom senso é que construirão a amplitude da dimensão do conceito de dano advindo da relação provedor v. usuário. Até porque, conforme arguta observação de Judith Martins-Costa (2002, p. 409), "o conceito de dano não é 'dado', mas construído e, mais ainda, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um 'conceito situado'", que deverá ser contextualizado à realidade atual da circulação da riqueza, que se dá por meio do contrato.

## Conclusão

Ao término do presente estudo, pode-se evidenciar que o tema referente à responsabilidade civil do provedor de Internet é de grande relevância e atualidade, sendo impossível de ser esgotado por meio de estudo em abstrato, mostrando-se necessário que os operadores do direito retem por contextualizar o ordenamento vigente e adaptá-lo às necessidades das novas formas de contratação. Para tanto, cumpre destacar que a doutrina e a jurisprudência já vêm dedicando maior atenção ao tema, desenvolvendo conclusões que apontam para a solução das dificuldades.

Até porque, ao que parece, a contextualização do contrato-tipo de prestação de serviço às peculiaridades do fornecimento de acesso à rede ainda é a melhor forma de solução dos litígios entre provedores, usuários e terceiros lesados, buscando-se, assim, um maior substrato teórico no regramento da fatispecie unitária a fim de chegar-se a soluções adequadas à nova espécie surgida no mercado de produção e serviços.

Para tanto, é de vital importância para entender-se o funcionamento e encontrar-se solução para problemas decorrentes de novas variações das tradicionais formas contratuais um aprofundado conceito da teoria geral das obrigações e dos contratos, em especial dos conceitos de obrigação como “processo” e “totalidade”. Da mesma forma, assumem a mesma importância para o dito contrato os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, pois, se cuidando de uma relação essencialmente fiduciária, tais deveres representarão as barreiras necessárias a fim de que se coíbam comportamentos desleais e responsabilizando-se prestadores faltosos.

A opção pela corrente européia de entendimento acerca da natureza da relação provedor v. usuário é essencial para que se cogite da responsabilidade do prestador de acesso. Se assim não for, verificar-se-á hipóteses de nítida falha dos sistemas do contratado, causadoras de dano ao contratante, sem que se possa cogitar de obrigação de reparar o dano decorrente da sua atividade, a qual apresenta nítido caráter econômico (aquele que assume o lucro também deve assumir o risco).

E a construção da amplitude do conceito de dano decorrente dessas relações privadas, agora profundamente marcadas pela “socialidade” introduzida pela dialética consagrada no novo Código Civil, e, principalmente, a busca de sua reparabilidade é que se constituirão em mais um dos tantos novos desafios do direito pós-moderno, sempre marcado por um “retorno” aos velhos paradigmas já traçados pelo Direito Civil, retorno que, como bem lembra Judith Martins-Costa (2002, p. 446), deve ser entendido na sua acepção histórica, que se dá sempre no tempo presente, jamais sendo simples transposição, até “porque ‘Direito’ é uma palavra que só se realiza no seu tempo”.

#### Referências Bibliográficas

AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. t. 1.

\_\_\_\_\_. Da Responsabilidade Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 2.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em Geral. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, t. 1.

- ASSIS, Araken. Resolução dos Contratos por Incumprimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A Obrigação como Processo. Porto Alegre: UFRGS, 1964. Tese (Concurso da Cadeira de Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964.
- \_\_\_\_\_. O Conceito de Dano do Direito Brasileiro e Comparado. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 667, a. 80, pp. 07-16, maio/1991.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LIMA JÚNIOR, Carlos Daniel de. O Sigilo do Cadastro de Clientes dos Provedores de Acesso Internet. Disponível em . Acesso em: 15 maio 2001.
- LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de Correspondência na Internet. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto. (coordenadores) Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Barueri: EDIPRO, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw y E-Commerce. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 36, a. 09, pp. 9-37, out.-dez./2000.
- LUCCA, Newton De. SIMÃO FILHO, Adalberto. (coordenadores) Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Barueri: EDIPRO, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. Proposta para uma Teoria Geral dos Serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 18, pp. 35-76, 2000a.
- \_\_\_\_\_. Relações de Consumo na Pós-Modernidade: em defesa de uma interpretação Finalística dos Artigos 2º e 29 do CDC. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 19, pp. 95-129, 2000b.

\_\_\_\_\_. A Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Estrangeiros no Brasil: Primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 21, pp. 65-99, mar/2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Crise e Modificação na Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 03, a. 01, pp. 127-154, set.-dez./1992.

\_\_\_\_\_. O Direito Privado com um "Sistema em Construção" – As Cláusulas Gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 753, a. 87, pp. 25-48, jul./1998.

\_\_\_\_\_. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. In: \_\_\_\_\_. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 408/446.

\_\_\_\_\_. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, v. 92, pp. 29/52, 1991.

NETTO, Antonio Joaquim Fernandes. Responsabilidade do Provedor Internet. Revista AJURIS. Porto Alegre, Edição Especial, t. 2, pp. 551-561, mar./1998.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2000.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Do Inadimplemento das Obrigações. In: FRANCIULLI NETO, Domingos et alli. O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ed. São Paulo, LTr., 2005, pp. 380/398.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A Privacidade e os Arquivos de Consumo na Internet – Uma primeira reflexão. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 41, a. 11, pp. 151-165, jan.-mar./2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, volume 4.

RÜCKER, Bernardo. Responsabilidade do provedor de internet frente ao Código do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev./2001. Disponível em: . Acesso em: 07 nov. 2006

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. (Fontes das Obrigações: Contratos, v. 2.).

STEIGLEDER, Annelise. Considerações sobre o nexó de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 8, n. 32, pp.83-103, out.-dez./2003.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. Da Prestação de Serviços. Porto Alegre, Síntese, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006.

## Notas

1. Dados do Ibope/NetRatings, de 20 abr. 2006. Disponível em: <[http://idgnow.uol.com.br/Internet/2006/04/20/idgnoticia.2006-04-20.5981831427/IDGNoticia\\_view](http://idgnow.uol.com.br/Internet/2006/04/20/idgnoticia.2006-04-20.5981831427/IDGNoticia_view)>. Acesso em: 04 nov. 2006.

2. Conforme a mesma fonte, houve um crescimento no número de usuários em 6,5%, em relação ao mês anterior, o que induz crescimento bastante significativo se comparado aos outros segmentos da informação.

3. A expressão é utilizada na obra de TIMM, 1998, p.73.

4. Consoante leciona JUDITH MARTINS-COSTA (1991, p. 50), as fronteiras entre os dois grandes “tipos” de responsabilidade são rarefeitas, ambas encontrando, atualmente, idêntico fundamento no “contacto social”. Essa unitariedade já se vislumbra, com nitidez, nas relações de consumo. É de referir-se que, nos termos do magistério de CLÁUDIA LIMA MARQUES (1999, p. 578), não haveria razão para prender-se tanto a dita diferenciação feita pela doutrina clássica, pois “as barreiras entre as responsabilidades de origem contratual e extracontratual estão cada vez mais fluidas, de modo que mesmo os franceses, apegados ao seu sistema de estrita separação entre elas e de não cumulação de pretensões originárias de áreas diferentes (principle du non-cumul), tiveram de criar um terceiro caminho (...), uma responsabilidade per se mista”.

5. A respeito dos contratos sinalagmáticos, SERPA LOPES (1964, p. 33) adverte que, na conceituação clássica, a sua definição era tida como aqueles “em que cada um dos contratantes se obrigava para com o outro”. Entretanto, o que prepondera efetivamente “é vinculação de uma prestação à outra, característica do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)”. No caso do contrato objeto deste trabalho,



há bilateralidade genética, pois as obrigações principais são correlativas, apresentando-se umas como causas das outras.

6. Conforme MARTINS-COSTA (1999, p. 412), deve ser diferenciado, tal princípio, da Boa-fé subjetiva, a qual denota a “idéia de ignorância, de crença errônea ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença que repousam seja no próprio estado (subjetivo) de ignorância, seja numa errônea aparência de certo ato”. Assim, boa-fé objetiva pode ser definida como “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para o interesse do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. “Aí se insere para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”, concepção esta que terá grande relevância quando tratarmos do tema pertinente ao inadimplemento da obrigação e o surgimento da responsabilidade civil.

7. Atualmente, ainda conforme MARTINS-COSTA (1998, p. 42/46), abandonou-se a concepção estática de obrigação típica do direito romano e aperfeiçoada pela pandectística, passando-se a concebê-la como um processo dinâmico, polarizado pelo seu perfeito adimplemento. Partindo-se dessa concepção, teríamos que o vínculo obrigacional é formado pelas fases, pré-contratual, contratual e pós-contratual, nas quais, em decorrência da incidência do princípio da Boa-fé objetiva, nasceriam os deveres instrumentais, tais como os deveres de cooperação e informação, objetivando uma harmonia da relação jurídica e o seu perfeito adimplemento. Tais concepções não são prerrogativas do direito consumerista, permeando todo o direito comum em decorrência da incidência imperativa do princípio da Boa-fé objetiva, agora positivado no artigo 422 do atual Código Civil.

8. Consoante TIMM (1998, p. 78), verifica-se a separação dos elementos débito (schuld) e responsabilidade (haftung).

9. Ditos deveres, consoante MARTINS-COSTA (1999, p. 737), podem ser sistematizados em (a) deveres de tutela, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; (b) deveres de informação, aviso e esclarecimento em relação ao objeto do contrato e à forma de execução; (c) dever de prestar contas; (d) deveres de colaboração em sentido amplo, incluindo os deveres de qualidade; e (e) deveres de sigilo e omissão do conteúdo conhecido em decorrência do vínculo contratual.

10. Consoante COUTO E SILVA (1976, p. 5), “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.

11. O assunto relativo a estas formas de inadimplemento já foi amplamente tratado pela doutrina, motivo pelo qual se limita – até para

não se incorrer em desvio do objeto do trabalho - a referir as obras de ASSIS (1994) e PAULA (2005, pp. 384/388) como excelentes fontes de consulta àqueles que desejarem aprofundar no tema.

12. A jurisprudência tem sido rica neste tema, podendo-se referir a responsabilidade advinda ao estabelecimento bancário de indenizar pelo furto de veículo de consumidor, em seu estacionamento, tudo com fundamento no dever de segurança advindo da Boa-fé objetiva. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo nº 47901/AP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 31/10/1994, p. 29505)

13. A propósito, exemplificativamente: “Não demonstrando o fornecedor de serviços que o defeito ocorreu por culpa do consumidor ou de terceiro, ou que o mesmo inexistia, torna-se responsável experimentados pela reparação dos danos experimentados pela vítima, independente de culpa”. (MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada, Apelação nº 217538/4, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Célio César Paduani, DJ 29/11/1996).

14. Aplica-se à espécie o disposto no artigo 932, inciso III, do Código Civil, o qual dispõe que “são também responsáveis pela reparação civil: (...) o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Ressalte-se que o artigo 933 exige a comprovação da culpa ou negligência do patrão, a qual se apresenta, na mais das vezes, nas modalidades in eligendo ou in vigilando.

15. A doutrina tem debruçado estudos a respeito, principalmente, como já dito antes, pela introdução, no artigo 186 do Código Civil, da partícula “e” entre as expressões “violar direito” e “causar dano”, dando-se a entender que ambas seriam cumulativas, como pressupostos ao dever de indenizar. Entretanto, VENOSA (2006, p. 3) destaca não se verificar diferença significativa entre a compreensão do texto revogado e a atual regra do Código Civil, “porque, em nosso vernáculo, ‘e’ por vezes possui sentido de ‘ou’ e vice-versa. E ainda, porque, salvo exceções expressas no ordenamento quanto à simples violação de direito, sem a existência de efetivo prejuízo, ainda que de cunho exclusivamente moral, não haverá indenização”.

16. Muito embora a mais recente doutrina venha referindo que as espécies contratual e extracontratual de responsabilidade civil não constituem decorrências isoladas de fatos jurídicos lato sensu, chegando-se a afirmar que “sobre vários aspectos, funcionam como verdadeiros vasos comunicantes”, a doutrina clássica costuma diferenciá-las. No entanto, do ponto de vista prático, encontraremos diversos fatos que terão, concomitantemente, efeitos civis contratuais e extracontratuais (ANTUNES VARELA, 1991, p. 509).

17. A propósito, MARTINS-COSTA (2002, p. 408/409) leciona que “A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente – passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial”.

18. Neste sentido: “Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressupostos essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 23 maio 1994, publicado em RSTJ 63/251).

19. Quanto a estes termos, a doutrina indica como mais adequada as expressões contidas no Código Civil Francês que, em vez de utilizar concomitantemente os sinônimos “perdas e danos”, utiliza o termo “danos e interesses”, designando, assim, o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, o que a parte perdeu e o que efetivamente deixou de ganhar (STOCO, 1999, p. 653).

20. Tal concepção é muito utilizada no direito do consumidor, em que houve uma “objetivação” da responsabilidade, principalmente como forma de melhor distribuição dos riscos oriundos da relação de consumo, na qual se levará em conta a capacidade da parte para, só após, atribuir-lhe a responsabilidade: sendo o consumidor vulnerável por definição legal, é mais do que se tenha como presunção iuris tatum que o simples inadimplemento já é o bastante para lesionar o seu patrimônio jurídico. Mas o Código Civil de 2002, com a cláusula geral inserida no seu 927, parágrafo único, prevê a possibilidade de que o juiz, nas relações de direito comum, estatua a responsabilização objetiva “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, sendo esta uma das inovações mais significativas trazidas pelo novel diploma (VENOSA, 2006, p. 7), representando, esta objetivação da responsabilidade, uma alteração, em verdade, do seu fundamento, passando a ser alicerçada no “contacto social” (MARTINS-COSTA, 1991, p. 50).

21. Quando se tratar da questão atinente à responsabilidade do provedor de acesso à Internet, desenvolver-se-á melhor dita diferenciação por meio do estudo de alguns casos de responsabilidade decorrente da prestação, os quais poderão ter efeitos contratuais e extracontratuais

22. A propósito, exemplificativamente: “Ninguém responde por aquilo que não tiver dado causa, segundo fundamental princípio de Direito. E, de acordo com a teoria da causa adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, como ocorre na responsabilidade penal, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 271/95, 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Disponível em: CAVALIERI FILHO, 2006, p. 92).

23. A possibilidade de cumulação das indenizações é amplamente reconhecida pela jurisprudência, tanto que editada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a súmula de número 37, vertida nos seguintes termos: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

24. LILIANA PAESANI (2000, p. 87) traz uma concepção mais técnica acerca do serviço de acesso à Internet, explicando como se dá a ligação do usuário à rede. Para tanto, refere que “com exceção do setor da telemática pública ligada ao circuito universitário, a conexão com a Internet ocorre por meio de uma ligação a um dos muitos Bulletin Board Systems (Bbs), que, desde a sua origem administraram as informações por meio de um access provider, ou seja, um fornecedor de serviço que atua em regime de empresa, consentindo a seus assinantes a utilização das linhas que ele alugou do gestor da rede telefônica e por meio das quais circulam as informações”.

25. Apenas para relembrar, convém colacionar-se a definição de prestação de serviços formulada por MARQUES (2000a, p. 38): “é o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante ao mercado (...), de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vier acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima (...) frente ao fornecedor”.

26. Como já dissemos, o contrato é, na sua essência, sinalagmático e comutativo.

27. MARQUES (2000b, p. 120/121) refere que a falácia da gratuidade não resiste ao menor exame da estrutura contratual, pois mesmo se estes contratos fosse gratuitos, não seriam nunca sem remuneração mediata.

Isto é, gratuito aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente, e sim remuneração causa-implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante. Frise-se, então que a expressão contida no artigo 3º do CDC visa incluir todos os serviços de consumo mediante remuneração indireta sob a égide do estatuto protetivo.

28. O caso ficou conhecido como Cubby Inc. X CompuServe e se refere a ação interposta pela primeira empresa em face do seu provedor, pois este teria alojado, em um dos seus servidores, um jornal eletrônico no qual foi aposta uma mensagem difamatória. O Tribunal absolveu o CompuServe, pois considerou que os seus serviços não poderiam ser equiparados aos de um editor daquelas informações. O princípio vigente é o de que o fornecedor de acesso só é responsável pelo conteúdo veiculado quando expressamente assuma este dever.

29. Em sua obra, CASIMIRO (2000, 92) faz referência a caso julgado pela Cour d'Appel de Paris, em processo instaurado por Estelle Hallyday contra Altern, no qual se analisou a responsabilidade de fornecedor de acesso que armazenou no seu servidor sites onde um utilizador anônimo colocou fotografias digitalizadas da autora, uma conhecida modelo francesa, em que esta aparecia total ou parcialmente nua, sem a sua autorização. O Tribunal condenou o provedor a pagar a autora alta indenização em dinheiro pela violação dos seus direitos de imagem e privacidade.

30. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 323358/PR. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 21 jun. 2001. DJU 03 set. 2001, p. 158.

31. Em caso mais recente, sufragando entendimento semelhante, a Corte decidiu que “em contrato de hospedagem de página na Internet, o provedor não interfere no seu conteúdo, salvo flagrante ilegalidade, sendo subjetiva a sua responsabilidade” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70011258027. 6ª Câmara Cível. Rel. Juiz Ney Wiedemann Neto. Julgado em 20 abr. 2006. Disponível em: . Acesso em: 07 nov. 2006).

32. Aqui se diz equivocada, porquanto se poderia falar em responsabilidade solidária entre o provedor e a editora autora da publicação, em decorrência da cadeia contratual, na medida em que aquele também auferiu proveito, mesmo que indireto, com a divulgação da matéria. Como diz VENOSA (2006, p. 13), “quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos”, ou seja, “quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos”, com fundamento no princípio da equidade.

33. Típico exemplo é o de um profissional liberal da área médica ou jurídica, por exemplo, que contrata provedor de acesso à Internet para o seu consultório ou escritório; como estes profissionais não têm a qualificação técnica em informática necessária para conhecer a realidade da rede e as possibilidades de risco, possivelmente, possamos concluir pela aplicação das normas consumeristas ao caso, sendo viável, inclusive, se assim entender o magistrado, a inversão do ônus probatório, assegurada pelo artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, já que só o provedor disporá dos meios necessários à comprovação do direito alegado pelo lesado.

34. O Novo Código Civil dispõe a interpretação mais favorável das cláusulas preestabelecidas à parte aderente, independente de se tratar de relação de consumo. Como os ditos contratos de acesso à Internet são feitos, em regra, sem a participação do usuário, seja ele consumidor ou não, tais cláusulas de limitação de responsabilidade por vício no serviço prestado devem ser coibidas e desconsideradas, como máxima violação ao fim máximo do contrato, qual seja, um fornecimento adequado do serviço contratado.

35. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou recurso interposto nos autos de ação cautelar de produção antecipada de provas, envolvendo questão atinente à relação provedor, consumidor e prestadora de serviço de telefonia, entendendo pela não-responsabilização desta. Assim restou ementado o acórdão: "CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INFORMAÇÃO. INTERNET. ORIGEM DA MENSAGEM ELETRÔNICA (E-MAIL). IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. Pretendendo os autores, em cautelar preparatória, obter informações a respeito da origem de mensagens eletrônicas recebidas – e-mails –, a direcionarem futura ação indenizatória, não assume legitimidade a demandada que somente prestou serviço de transporte de telecomunicações – SRTT –, servindo tão-somente de meio físico a interligar o usuário final ao provedor do serviço de conexão à Internet. Agravo provido." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70003736659. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em 09 maio 2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. acesso em 07 nov. 2006) – grifou-se.

36. A jurisprudência, igualmente, já foi provocada a apreciar caso envolvendo a responsabilidade do provedor pela violação de banco de dados. O acórdão restou assim ementado: "AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA E PEDIDO COMINATÓRIO. PROVEDOR DE INTERNET. ACESSO INDEVIDO A BANCO DE DADOS DA PROVEDORA POR PARTE DO USUÁRIO. ÔNUS DA PROVA. Comprovando a autora [Companhia de Processamento de Dados do Município de Porto Alegre – PortoWeb] o fato constitutivo do seu direito [...] impunha-se a procedência da ação. Hipótese em que os réus [Miguel Ângelo Masoni e MS Consultoria e Treinamento Ltda.] violaram o sigilo de usuários de provedor de Internet em notória ofensa à garantia

constitucional insculpida no artigo 5º, XII, da Carta Federal. Apelação desprovida.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001918333. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior. Julgado em 08 maio 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07 nov. 2006)

37. Neste sentido, a jurisprudência: “A indenização pela perda de uma chance é devida quando demonstrado que a conduta do agente causador da lesão foi exclusiva ou preponderante na produção do dano”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000066779. 9ª Câmara Cível. Rel. Desa. Maria Isabel Boggini. Julgado em 28/06/2000. disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 13 nov. 2006.)

38. A propósito, é oportuno destacar que, consoante entendimento jurisprudencial, “para que os danos materiais, consubstanciados nos lucros cessantes, possam ser conhecidos e deferidos pelo juízo, há necessidade de se demonstrar sua efetiva existência” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70007773856. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em 04 ago. 2004), ou seja, não podendo ser presumidos, sendo ônus probatório do credor demonstrar o que, efetivamente, deixou de ganhar em razão da não-prestação ou má prestação do serviço de acesso à Internet.

39. A propósito: “A verificação da ocorrência de dano moral dispensa, em regra, sua demonstração (dano in re ipsa)” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 700000932186. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 17 maio 2000. Disponível em: . Acesso em 13 nov. 2006). No mesmo sentido: “A jurisprudência orienta-se no sentido de que o dano moral não precisa ser provado. E isto porque atinge parte muito própria do indivíduo, qual seja, o seu interior”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. Rel. Desa. Luiza Cassales. DJU 13 set. 2000, p. 209. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02 out. 2002).